

INSUBSTENCIA – Empleado en provisionalidad / RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Discrecionalidad / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL – Retiro de empleado en provisionalidad

El artículo 107 del D-R 1950 de 1973, establecía: “En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados...”. Esta disposición fue declarada ajustada a derecho por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 12 de febrero de 2004. El actor solicitó la nulidad de la expresión “o provisional” por considerar que excedía la potestad reglamentaria al desconocer lo reglado en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 y disponer la discrecionalidad para el retiro del servicio de los empleados provisionales, cuando ella “está reservada únicamente para los empleos de libre nombramiento y remoción”. En esta decisión se expuso, como argumentos principales para mantener la legalidad de la disposición acusada, los siguientes: i) la norma no se refiere al cargo sino a la situación del empleado que no pertenezca a una carrera; ii) el nombramiento provisional se produce cuando se trata de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera, sin que otorgue feroe alguno de estabilidad, pues “el empleado no ha accedido a la carrera por los medios legales”; iii) los derechos de carrera administrativa se derivan del sometimiento a la superación satisfactoria de las etapas del concurso. Bajo la línea del precedente judicial, la jurisprudencia de la Corporación al estudiar la situación de los provisionales frente a los derechos de estabilidad laboral que reclaman por ocupar un cargo de carrera administrativa, respecto del cual no se ha surtido el proceso de selección, ha acogido la tesis expresada en sentencia de la Sección Segunda del 13 de marzo de 2003, en la que con el fin de unificar la posición de las Subsecciones

NOTA DE RELATORIA: Sobre el retiro de empleado en provisionalidad ver sentencia de unificación de la Sección Segunda de 13 de marzo de 2003, expediente Nº 4972-01 C.P. Tarsicio Cáceres Toro

ACTO DE INSUBSTENCIA – Debe ser motivado en vigencia de la Ley 909 de 2004

A partir de la sentencia del 23 de septiembre de 2010, el Consejo de Estado ha considerado que la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, cuya desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de esta ley (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 41 PARAGRAFO 2 INCISO 2

REGIMEN DE CARRERA – Empleados de la Registraduría Nacional del

Estado Civil

El artículo 26 de la Ley 443 de 1998 creó el Registro Público de la Carrera Administrativa, conformado por todos los empleados inscritos o que se llegaren a inscribir, cuya administración y organización corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), sin embargo, con ocasión de la sentencia C-372 de 1999 se declararon inexequibles varios artículos de esta ley, atinentes a la CNSC, razón por la cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 8 de marzo de 2001, radicado 1.331, concluyó que "mientras no se expida la ley mediante la cual se desarrolle el artículo 130 de la Carta Política, de acuerdo a los criterios fijados por la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 1999, la Registraduría Nacional del Estado Civil no tiene competencia para adelantar procesos de selección a fin de proveer empleos de carrera, pueden realizarse mediante encargo o nombramiento provisional en empleos de carrera que se encuentren en vacancia". De ahí que la Registraduría no pudo convocar a concursos, hasta tanto no se expediera la mencionada ley sobre la Comisión. El marco normativo de carrera en la RNEC dispuesto en el Decreto 3492 de 1986, fue reemplazado por el Decreto Ley 1014 del 6 de junio de 2000, por el cual "se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan normas que regulen La Gerencia Pública", que en forma expresa lo derogó. Dentro del marco del D-L 1014 de 2000, no figura como órgano de administración el Consejo Superior de la Carrera, ni el Consejo Nacional Electoral, empero, se mantuvieron la Comisión de Personal Central y de las Seccionales, en tanto que conforme el artículo 4º del Decreto 1041, "La administración y vigilancia de la carrera administrativa estará a cargo de las autoridades establecidas en la Constitución Política y la ley", es decir, la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Registraduría realizaría todas las funciones que demande el ordenamiento institucional previsto, para coordinarse y articularse con tales autoridades, para garantizar el funcionamiento y organización de la carrera administrativa.

ACTO DE INSUBSTANCIA – No debe ser motivado antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004 / INSCRIPCIÓN EN CARRERA ADMINISTRATIVA – Debe superar concurso de méritos / LISTA DE ELEGIBLES – No se debe elaborar si no se supera el concurso de méritos / DERECHOS ADQUIRIDOS DERIVADOS DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA – El empleado no fue inscrito en carrera y no tiene un derecho adquirido sin justo título

La señora Marín no fue inscrita, en tanto que la Comisión de Personal Central en sesión del 15 de mayo de 2000, vertida en el Acta 003, en respuesta a consulta del Director Nacional de Recursos Humanos, por unanimidad conceptuó que para cubrir la vacante de Auxiliar Administrativo 5120-06 de Puerto Berrio, no se podía utilizar la lista de elegibles unificada que había elaborado la Comisión de Personal Seccional de Antioquia, porque ésta no está contemplada en el Decreto 3492 de 1986, además, esa lista sólo operaba para las vacantes que se presentaren con posterioridad y, en el caso concreto, ya se había surtido el concurso y no hubo ganadores, porque ninguno alcanzó el mínimo aprobatorio, por lo tanto lo que debía hacerse era una nueva convocatoria en los términos del artículo 37 del citado decreto. La irregularidad fue puesta en conocimiento del Director Nacional de Recursos Humanos de la entidad, quien así lo informó a los Delegados del Registrador y, éstos, a su vez, mediante Oficio 2271 del 31 de julio de 2000, se lo comunicaron a la actora. De acuerdo con el artículo 73 del Decreto 3492 de 1986, lo que le otorgaba al funcionario la plenitud de sus derechos inherentes a la carrera, era la inscripción en la misma, y para esta Sala es claro que al no haber sido inscrita la señora Marín, se le tenía como una empleada pública desempeñando

en provisionalidad un cargo de carrera. Tan es así que el Tribunal, luego de afirmar que la actora se hallaba en provisionalidad, anotó que no tenía derechos adquiridos de carrera administrativa, sin embargo, sin exponer las razones para alejarse de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la materia, estimó que la administración no estaba facultada para decidir el retiro del servicio de la demandante en forma discrecional, que el acto de insubsistencia debió ser motivado, y como ello no se hizo, era causal para declarar la nulidad. Contrario a la apreciación del *a quo*, atendiendo la doctrina sentada por esta Corporación de tiempo atrás y que el acto de insubsistencia de la accionante es muy anterior a la vigencia de la Ley 909 de 2004, para esta Sala no tiene discusión que la Resolución 441 del 19 de noviembre de 2001 no requería ser motivada, se presume fue expedida por razones del buen servicio, lo contrario le correspondía demostrarlo a la accionante, bajo el entendido que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art.177 C.P.C.). No hay duda que le asiste razón a la entidad apelante, en el sentido que en la sentencia recurrida el *a quo* no tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial de la Corporación sobre el tema, por ende, es del caso revocar la sentencia recurrida y denegar las pretensiones por este aspecto. Para la Sala es claro, como bien lo apreció el Tribunal, que la parte accionante no tenía derechos adquiridos derivados de carrera administrativa, no sólo porque no fue inscrita en la misma, sino porque nadie puede alegar tener un derecho adquirido sin un justo título, y lo cierto es que la demandante no podía reclamar tal derecho, en razón a que no aprobó el examen para la plaza para la cual concursó y que no le era dado a la Comisión Seccional de Personal de Antioquia elaborar una lista unificada de legibles, a sabiendas de que no hubo ganadores entre los que se presentaron para el cargo Auxiliar Administrativo 5120-06 de la Registraduría del Municipio de Puerto Berrio, sumado a que dicha lista, en la que incluyó a la accionante y dio como resultado su nombramiento en este municipio, no la autoriza el Decreto 3492 de 1986. De suerte que la designación de la señora Marín Vásquez como Auxiliar Administrativo 5120-06 en Puerto Berrio, no fue resultado de haber aprobado todos los pasos del concurso, lo que, en sí mismo, deslegitimaba cualquier posible derecho a ser inscrita en la carrera administrativa de la entidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ (E)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-02327-01(3651-13)

Actor: BEATRIZ OMAIRA MARÍN VÁSQUEZ

Demandado: NACIÓN-REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.

APELACIÓN SENTENCIA**AUTORIDADES NACIONALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 20 de febrero de 2013, proferida por la Sala de Descongestión, Subsección Laboral, del Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., la señora Beatriz Omaira Marín Vásquez demanda¹ la nulidad de la Resolución No. 441 del 19 de noviembre de 2001, mediante la cual se le declara insubsistente del cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06 de la Registraduría Municipal de Puerto Berrio Antioquia, a partir del 1º de enero de 2002

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicita ordenar a la entidad demandada a. i) reintegrarla al cargo del cual era titular al momento de la declaratoria de insubsistencia, o en su defecto al que le sea equivalente o superior dentro de la entidad; ii) reconocerle y pagarle todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos, desde la fecha de la desvinculación hasta cuando sea reintegrada, sin solución de continuidad; iii) actualizar la condena conforme al artículo 178 del C.C.A., y dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 176 y 177 *ibídem*.

Los hechos sustento de lo pretendido, se pueden resumir en los siguientes términos:

La señora Beatriz Omaira Marín Vásquez ingresó al servicio de Registraduría Nacional del Estado Civil el 5 de mayo de 1999, en el cargo de Auxiliar Administrativo 5220-06 de la registraduría municipal de Puerto Berrio Antioquia, nombrada en periodo de prueba mediante la Resolución 194 del 3 de mayo de 1999, de conformidad con lo consagrado en el artículo 64 y s.s. del Decreto 3492 de 1986, estatuto de carrera específico, aplicable para la época a los servidores de la Organización Electoral Colombiana.

¹ El escrito de demanda obra a fols.82-92 del cuaderno único principal. Fue presentada en la Secretaría del Tribunal de Antioquia el 2 de mayo de 2002 (fol.92).

El 6 de julio y el 2 de septiembre de 1999, en cumplimiento del artículo 92 del aludido decreto, obtuvo dos calificaciones satisfactorias del periodo de prueba, motivo por el cual los delegados del registrador en el Departamento de Antioquia confirmaron su nombramiento a través de la Resolución 369 del 3 de septiembre del mismo año, y se configuró su derecho para ser inscrita en la carrera administrativa de la entidad.

El 20 de septiembre de 1999 la actora diligenció el formulario de solicitud de inscripción en carrera administrativa, el cual fue remitido por los nominadores a las oficinas centrales de la registraduría, con Oficio 3127 del 7 de octubre de esa anualidad.

Mediante la Resolución 4628 del 29 de diciembre de 1999, el Registrador Nacional del Estado Civil ordenó la inscripción en carrera de varios funcionarios que participaron en el concurso, convocado por Resolución 613 del 25 de noviembre de 1998, para el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06, en el cual también había participado la accionante, sin embargo se omitió su inscripción.

Señala que no se expidió acto administrativo alguno negando su inscripción en carrera, pero se le continuó calificando semestralmente sus servicios, el 17 de diciembre de 1999, el 30 de junio y el 1º de diciembre de 2000, como si se tratara de una funcionaria inscrita en carrera.

Que mediante Oficio 2271 del 31 de julio de 2000, los delegados Departamentales del Registrador en Antioquia le avisaron, que el Director Nacional de Recursos Humanos les había informado: "*que conforme a consulta elevada a la Comisión de personal Central, sobre el asunto en comento, ésta ha manifestado que no puede inscribirse en el escalafón de la Carrera Administrativa de la Entidad*".

Indica que el 14 de agosto de 2000 expuso a los delegados departamentales sus argumentos con relación a la anterior comunicación, sin obtener respuesta. Posteriormente, el 4 de agosto de 2001, envió escrito directamente al Registrador Nacional del Estado Civil exponiendo su situación, quien le contestó con una comunicación remitiéndole el Acta No.3 del 15 de mayo de 2000, emitida por la Comisión de Personal Central.

Informa que mediante Acta 005 del 13 de septiembre de 2000, la Comisión de Personal Seccional Antioquia emite concepto donde ratifican que la demandante ocupa legítimamente el cargo para el cual se encuentra nombrada.

Por medio de la Resolución No. 441 del 19 de noviembre de 2001 es declarada insubsistente del cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06 de Puerto Berrio Antioquia, a partir del 1º de enero de 2002, momento para el cual tenía acumulado un tiempo de 2 años, 7 meses y 25 días, con una asignación básica mensual de \$561.402.

Mediante Oficio del 17 de diciembre de 2001, en respuesta a petición que había hecho, los delegados del registrador en Antioquia le contestaron que su vinculación a la entidad era de carácter provisional, porque había sido en forma irregular, contraviniendo el artículo 37 del Decreto 3492 de 1986, como se lo habían informado desde julio de 2000.

Normas violadas y concepto de violación

Como vulnerados, entre otros, señala: Artículo 1º, 2º, 6º, 13, 25, 53, 83, 85 y 123 de la Constitución Política. Artículos 2º y 3º del C.C.A. Artículo 26, inciso 2º, y 61 del Decreto 2400 de 1968. Artículo 4º de la Ley 443 de 1998. Artículo 159 del Decreto 1572 de 1998. Artículos 32 y 34 del Decreto 1014 de 2000.

Expone que con la Resolución 441 del 19 de noviembre de 2001 cuestionada, la entidad accionada va en contravía del marco constitucional y legal, al desconocerle su derecho como funcionaria de carrera, pues, dice, conforme el artículo 159 del Decreto 1572 de 1998, se consideran empleados de carrera quienes estén inscritos y quienes habiendo superado satisfactoriamente el periodo de prueba, no hayan obtenido dicha inscripción.

Adiciona que se viola la normativa mencionada, porque su insubsistencia no es consecuencia de una mala calificación en la evaluación de desempeño, y se le desconoció el derecho de optar entre ser reincorporada o indemnizada, con lo cual, afirma, el acto fue expedido en forma irregular y con falsa motivación.

Por lo anterior, estima que no existía razón alguna para que la demandada le aplicara la facultad discrecional que se ejerció sin fundamento legal y con desviación de poder, porque al ser funcionaria de carrera no podía ser retirada sino mediante los procedimientos dispuestos en el artículo 32 del Decreto 1014 de 2000. Más aún, si se tiene en cuenta que venía ejerciendo sus funciones con eficacia, idoneidad, eficiencia y se sometía a todas las normas que rigen para el empleado público de carrera, como son las calificaciones de acuerdo al reglamento interno.

Contestación de la demanda

La Registraduría Nacional del Estado Civil contestó la demanda² y dijo, que en el año 1999 la actora se presentó a concurso abierto de la entidad, para el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06 de la Ceja Antioquia, no habiendo ganado el concurso para dicho municipio, y que en el concurso para el mismo cargo de Puerto Berrio, ningún concursante ganó, por lo tanto, tal y como quedó expuesto en el Acta 010 del 28 de abril de 1999, la Comisión Seccional de Personal de Antioquia consideró que para proveer la vacante de este último municipio, se utilizara la lista de elegibles unificada de Auxiliar Administrativo 5120-06.

Que, una vez posesionada y habiendo transcurrido el periodo de prueba, el 7 de octubre de 1999 se remitió a las oficinas centrales de la institución, la documentación para ser inscrita en carrera administrativa.

Que a través de oficio del 24 de julio de 2000, el Director Nacional de Talento Humano devolvió la documentación por irregularidades que impedían la inscripción, como consecuencia del concepto de la Comisión Central de Personal, máxima autoridad para la época en asuntos de carrera administrativa, quien en el Acta No. 003 del 15 de mayo de 2000, señaló que para la vacante de Auxiliar Administrativo de Puerto Berrio no hubo ganadores, por lo tanto debía realizarse nuevo concurso conforme lo disponía el artículo 37 del Decreto 3492 de 1986, y no optar por la lista de elegibles unificada, porque ésta sólo se podía ser utilizada para las vacantes que se presentasen con posterioridad.

Añade que en diciembre de 2001 la accionante interpuso acción de tutela contra la entidad por los mismos hechos de la presente demanda, que en primera instancia el Juzgado Penal Municipal de Puerto Berrio concedió y, en segunda instancia, el Juez penal del Circuito de la misma localidad revocó. Que, entre tanto se resolvía la impugnación, a la actora se le nombró como provisional en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-04 de Puerto Berrio, que era el nuevo cargo según la reestructuración, ya que el que ostentaba de Auxiliar Administrativo 5120-06, del cual se le declaró insubsistente, fue suprimido de la planta de personal, sin embargo, mediante escrito del 2 de enero de 2002 rechazó de plano dicho nombramiento.

Precisa que la señora Marín Vásquez, al no haber ganado el concurso para el cual

participó, y al no haber sido inscrita en carrera en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06 de Puerto Berrio, por las irregularidades presentadas, era una funcionaria que se hallaba en provisionalidad desempeñando un cargo de carrera, por lo tanto de libre nombramiento y remoción.

Dice que el régimen de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil es específico, que para la época estaba contemplado en el Decreto 3492 de 1986, aunque conforme el parágrafo segundo del artículo 4º de la Ley 443 de 1998, la administración y vigilancia del mismo correspondía a la Comisión Nacional del Servicio Civil, pero como la Corte Constitucional mediante sentencia C-372 de 1999 declaró inexequible varios artículos de la citada ley, que reglamentaban la mentada Comisión, hasta tanto no se expediera la nueva ley mediante la cual se desarrollara el artículo 130 de la C.P., de acuerdo a los criterios señalados en la referida sentencia, la Registraduría NEC no tenía competencia para adelantar procesos de selección a fin de proveer empleos de carrera, hasta tanto se expediera nueva norma sobre la materia, de ahí que por las necesidades del servicio podrían realizarse encargos o nombramientos en provisionalidad, en empleos de carrera que se hallaban en vacancia definitiva.

Que la accionante quedó por fuera de la carrera durante la vigencia del Decreto 3492³, por ende no es viable que pretenda ingresar nuevamente en calidad de inscrita.

Propuso las excepciones de i) *inepta demanda*, porque los hechos no guardan relación con las pretensiones, ya que la actora nunca estuvo inscrita en carrera; ii) *imposibilidad física de reintegro*, por no haber estado inscrita en carrera administrativa y haber sido suprimido el cargo que, en su momento, desempeñó.

LA SENTENCIA APELADA⁴

² Escrito de contestación obra a fols.107-117

³ Respecto de la vigencia del Decreto 3492 de 1986, precisó que la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto radicado 1.331 del 8 de marzo de 2001, indicó que si se compara el contenido del artículo 130 de la C.P., que estableció la Comisión Nacional del Servicio Civil, como la única responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepto las que tengan carácter especial de origen constitucional, con las asignadas por el Decreto 3492 al Consejo Superior de Carrera de Carrera de la entidad, se concluye que éstas resultan contradictorias frente al nuevo ordenamiento constitucional.

En Consecuencia determinó que como los postulados normativos del decreto 3492 de 1986, en la materia señalad, son manifiestamente contrarios a la Carta Política de 1991, se debería entender insubsistente por inconstitucionalidad sobreviniente, en aplicación del principio de interpretación contenido en el artículo 9º de la Ley 153 de 1887.

⁴ La sentencia se ve a fols.182-195.

El 20 de febrero de 2013, la Sala de Descongestión, Subsección Laboral, del Tribunal Administrativo de Antioquia dictó sentencia en los siguientes términos: **primero**, declaró la nulidad de la Resolución 441 del 19 de noviembre de 2001; **segundo**, ordenó reintegrar a la actora “*en un cargo igual, similar o de superior categoría, dejando claro que deberá ser EN PROVISIONALIDAD, mientras se analizan los requisitos para asumir el cargo y el cumplimiento de estos por parte de la actora*”; **tercero**, reconocerle y pagarle “*los haberes dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro*”; **cuarto**, ajustar la suma resultante de la condena; **quinto**, dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 176 del C.C.A., **sexto**, “**NO ORDENAR la inscripción en la carrera administrativa de la actora, en tanto ello requiere de un trámite interno administrativo que debe revisar previamente la entidad, analizando que la actora cumpla los requisitos actuales, no sólo legales, sino también constitucionales y de conformidad con el reglamento interno de la institución**”; **séptimo**, negó las demás pretensiones y no condenó en costas.

Para arribar a la anterior decisión, el Tribunal resaltó los hechos probados y anotó que dentro del plenario no se encuentra el puntaje obtenido por la señora Marín Vásquez, para la incorporación a la entidad como Auxiliar Administrativo 5120-06 y la opción de sede para la que aplicó, si para el Municipio de la Ceja, conforme lo aduce la accionada para haber negado la inscripción, o de Puerto Berrio, pues, tampoco se halla la Resolución 613 de 1998 de convocatoria a concurso para proveer el aludido empleo para varios municipios, entre ellos el de la Ceja y Puerto Berrio, en la que estaban determinadas las bases y requisitos para el mismo, motivo por el cual entraba a definir el asunto con los elementos documentales encontrados, porque la prueba testimonial que se decretó a solicitud de la parte demandante, no pudo practicarse por la no comparecencia de los declarantes.

Que de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 443 de 1998, norma vigente para la época, la carrera administrativa específica en la entidad demandada seguía rigiéndose por los decretos vigentes, que para ese momento lo era el Decreto 3492 de 1986, del que translitera varios de sus artículos⁵. Acto seguido, consideró que si bien conforme el artículo 37 de este decreto, debe hacerse nueva convocatoria para proveer un empleo cuando no hubo quien ganara el concurso, estimó que debió respetarse la lista unificada en virtud de la cual había sido nombrada la

⁵ Transcribe los artículos 37, 41, 48, 54, 55, 56, 58, 59, 61 al 68, y el 72 del Decreto 3492 de 1986.

demandante, como lo expuso la Comisión Seccional de Personal de la delegación de Antioquia en el Acta 005 del 13 de septiembre de 2000, razón por la cual no comparte lo conceptuado por la Comisión de personal Central, de considerar que dicha lista no podía aplicarse.

Después de exponer que conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los actos administrativos en general deben motivarse, en particular los de insubstancia de un empleado que ejerce en provisionalidad un cargo de carrera⁶, dijo: “*Si bien es cierto, la accionante, en razón de la anterior situación se encontraba en provisionalidad, la administración no estaba facultada para decidir el retiro del servicio en forma discrecional, pues si bien no tenía derechos adquiridos de carrera administrativa, en primer lugar no podría asimilarse su retiro al del de libre nombramiento y remoción, por cuanto, como se ilustró arriba sobre el concepto de motivación referido a los actos administrativos, que para este caso se aplicaría al determinarse que el actor (**sic**) estaba en provisionalidad...*” .

Apreció que los argumentos expuestos por la entidad en el Oficio del 17 de diciembre de 2001, en respuesta a derecho de petición elevado por la señora Marín Vásquez, “*no fundamentaban razones que permitieran sustentar tal retiro, pues como se vio la actora había conformado lista de elegibles y por ende debió dársele resolución a su situación y no simplemente retirarla del servicio sin más motivación que la de la condición en la que se encontraba*”.

Sin concretar cuál, aunque puede inferirse que es la ausencia de motivación, el a quo acotó: “*la Sala concluye que fueron demostrados algunos de los vicios endilgados contra los actos enjuiciados (**sic**), razón por la cual y con fundamento en lo expuesto, es posible acceder a los pedimentos de la demandante*”.

LA APELACIÓN

La parte demandada, en desacuerdo con la decisión de primera instancia, presentó recurso de apelación para que sea revocada en su integridad, planteando como núcleo del mismo que el Tribunal desconoció reiterada jurisprudencia del Consejo

⁶ En otro aparte, con relación al tema dice:

“Los artículos 107 del decreto 1950 de 1973, reglamentario de los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y 7º del Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 del mismo año, reconocían facultad discrecional a la administración para retirar del servicio a los empleados que desempeñaran un cargo de carrera en provisionalidad, sin embargo, en aplicación de los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de acto administrativo motivado”

de Estado, que estaba llamado a respetar, con relación a que los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad en un cargo de carrera, se asimilan a empleados de libre nombramiento y remoción, por lo tanto el acto por el cual se les declara insubsistente no requiere ser motivado.

Enfatizó que la actora no fue inscrita en carrera administrativa en vigencia del Decreto 3492 de 1986, por las razones que expuso en el Acta 003 del 15 de mayo de 2000 la Comisión Central de Personal, máximo organismo que regulaba la carrera en la Registraduría, acta que, inclusive, suscribió el representante del sindicato, de ahí que la señora Marín Vásquez no tenía derechos de carrera, por lo tanto la resolución de insubsistencia no tenía que ser motivada, sumado a que el acto fue regularmente expedido, en tanto que en virtud del artículo 33 del Código Electoral de la época (Decreto 2241 de 1986), los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil tienen la facultad para remover el personal en sus respectivas jurisdicciones, y al quedar suprimido a partir del 2 de enero de 2002 el empleo en el cual estuvo, con ocasión de reestructuración, no tenía derecho a ejercer la opción de escoger entre esperar para ser reincorporada o recibir indemnización.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora no presentó alegatos.

La entidad demandada presentó alegatos⁷, reiteró lo expuesto en la alzada y citó sentencia de la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, del 30 de septiembre de 2010, radicado interno 1918-09, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

El Ministerio Público no rindió concepto.

No existiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala establecer si, como lo asevera la parte demandada en su

⁷ Obran a fols.230-234.

recurso de apelación, el Tribunal en su decisión de declarar la nulidad del acto administrativo censurado, desconoció jurisprudencia del Consejo de Estado, en cuanto a que el acto de insubsistencia de un empleado público, que ejerce un cargo de carrera en provisionalidad, no requiere ser motivado cuando ocurre antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004.

ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Resolución No. 441 del 19 de noviembre de 2001, por medio de la cual se declaró la insubsistencia de la señora Beatriz Omaira Marín Vásquez, en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06 de la Registraduría Municipal de Puerto Berrio.

TESIS DEL TRIBUNAL

Consideró que el acto administrativo de insubsistencia de un empleado que ejerce en provisionalidad un cargo de carrera debe ser motivado, y como la actora se encontraba desempeñando un cargo de carrera en tal condición, la Resolución 441 del 19 de noviembre debió ser motivada y, como no lo fue, declaró su nulidad.

TESIS DE LA SALA

El Tribunal desconoció línea jurisprudencial del Consejo de Estado, según la cual el acto de insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera no exige ser motivado, salvo, como lo ha sostenido en los últimos tiempos, cuando la decisión de insubsistencia es posterior a la vigencia de la Ley 909 de 2004, caso en el cual sí requiere motivación.

Al no haber ganado la actora el concurso para el cual participó y no estar inscrita en carrera administrativa como Auxiliar Administrativo 5120-06 de Puerto Berrio, por las irregularidades presentadas, para todos los efectos legales se considera una funcionaria en provisionalidad desempeñando un cargo de carrera, por lo tanto de libre nombramiento y remoción.

Al haber sido declarada la insubsistencia de su cargo en el año 2001, no era necesario motivar la resolución demandada. Además, no se evidenció ni se probó que el acto haya sido expedido con desviación de poder o de manera irregular.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

1. Por Resolución 194 del 3 de mayo de 1999, suscrita por los Delegados

Departamentales del Registrador en Antioquia, la señora Beatriz Omaira Marín Vásquez fue nombrada en periodo de prueba por 4 meses, como Auxiliar Administrativo 5120-06 de la Registraduría de Puerto Berrio Antioquia⁸ (fols.147-150).

En la parte considerativa de esta resolución se dice que mediante Resolución 613 del 25 de noviembre de 1998 se convocó a concurso abierto para proveer el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06 en los Municipios de Andes, Apartadó, Fredonia, **La Ceja**, Marinilla, **Puerto Berrio**, San Carlos, Sonsón, Turbo y Urrao (Antioquia).

En escrito de petición del 14 de agosto de 2000, formulado por la actora, dice que **concursó para llenar la vacante de Auxiliar Administrativa 5120-06 del Municipio de la Ceja, y confiesa que no ganó el examen para ocupar el cargo en mención**, pero como obtuvo buen puntaje la ubicaron en una lista de elegibles para proveer un cargo similar, y dado que los que concursaron para Puerto Berrio ninguno obtuvo puntaje, ella fue nombrada allí (fol.16).

2. La actora fue calificada satisfactoriamente en dos ocasiones durante el periodo de prueba (fols.4-5), y mediante la Resolución 369 del 3 de septiembre de 1999 fue confirmado su nombramiento (fol.8 y 151).

Resultado de esta confirmación, el 20 de septiembre de 1999 la demandante diligenció el formato de solicitud de inscripción en carrera administrativa, que también suscriben los Delegados Departamentales del Registrador en Antioquia (fol.9).

3. A través de Resolución No. 4628 del 29 de diciembre de 1999, el Registrador Nacional del Estado Civil ordenó la inscripción en carrera administrativa de 10 funcionarios que habían participado en la convocatoria hecha a través de la Resolución 613 de 1998, para proveer el cargo de Auxiliares Administrativos 5120-06 en varios municipios de Antioquia, y dentro de los se ordena inscribir no aparece la señora Marín Vásquez.

4. Por Oficio 2271 del 31 de julio de 2000, los Delegados Departamentales le manifiestan a la accionante que, con fecha del 24 del mismo mes y año, habían recibido comunicación del Director Nacional de Recursos Humanos, donde les

⁸ Tomó posesión el 5 de mayo de 1999 (fol.3).

informa “que conforme consulta elevada a la Comisión de Personal Central sobre el asunto en comento, esta ha manifestado que no puede inscribirse en el escalafón de la Carrera Administrativa de la Entidad” y le anexan copia del Acta 003 del 15 de mayo de 2000 de la citada Comisión (fol.14).

5. A fols.22-27, obra **Acta 003 de la sesión del 15 de mayo de 15 de mayo de 2000 de la Comisión de Personal Central**⁹, en la que, con relación a la situación de la señora Marín Vásquez, se dijo:

*“Los miembros de la Comisión de personal Central por unanimidad conceptuaron que para cubrir la vacante de Auxiliar Administrativo de Puerto Berrio no se podía utilizar la lista de elegibles unificada, porque éstas (**sic**) sólo operan para las vacantes que se presenten con posterioridad, en el caso que nos ocupa se realizó el concurso y no hubo ganadores, ninguno de los aspirantes alcanzó el mínimo aprobatorio y el artículo 37 del Decreto 3492 de 1986 que es la norma reguladora, dice:*

‘Deberá hacerse nueva convocatoria para el mismo empleo, cuando al término de la inscripción no se inscribieron aspirantes o cuando solo uno o ninguno de los inscritos hubiere acreditado las calidades y requisitos para el desempeño del empleo a proveer, o cuando aplicados los medios de selección, ningún aspirante obtenga el mínimo aprobatorio, lo resaltado es de la comisión, por estas razones la persona nombrada no puede ser inscrita en el escalafón de la carrera administrativa porque su nombramiento se hizo en forma irregular, es decir, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 3492 de 1986.

En estos términos debe darse respuesta al Director Nacional de Recursos Humanos, para que a su vez informe a los Delegados del Registrador Nacional en Antioquia”. (Subrayado ajeno al texto citado).

6. A fols.36-41, aparece **Acta 005 del 13 de septiembre de 2000, de la Comisión de personal Seccional Antioquia**, en la que se pronuncian con respecto del concepto de la Comisión de Personal Central, anotando que el nombramiento de la accionante “*no riñe con el artículo 37 del Decreto 3492/86, ya que éste no es específico hacia un cargo en particular, sino general y mal podría decirse que la convocatoria hecha mediante resolución 613 del 25 de noviembre de 1998 quedó desierta, dado que ésta se hizo para proveer doce (12) vacantes de Auxiliar Administrativo 5120-06, así estos estuvieren ubicados en diferentes municipios*”.¹⁰

7. A través de Oficio 3053 del 26 de octubre de 2001, el Gerente de Talento

⁹ Como asistentes integrantes de dicha comisión, figuran: el Representante del Registrador Nacional del Estado Civil, de los empleados, de la organización sindical y el Director Nacional de Recursos Humanos.

¹⁰ Que como sobre la no inscripción de un funcionario en el escalafón de la carrera administrativa de la entidad es competencia, en primera instancia, del Consejo Superior de la Carrera Administrativa, dieron traslado a éste del escrito del 14 de agosto de 2000, en el cual la señora Marín solicitó explicación a los Delegados Departamentales por su no inscripción.

Humano y Presidente de la Comisión de Personal Central, dio respuesta a solicitud del 4 de agosto de ese año, que había dirigido la accionante al Registrador Nacional del Estado Civil, donde le dice: “*me permite comunicarle que el concepto solicitado ya fue emitido y está consignado en el Acta No. 3 del 15 de mayo de 2000 y consistió en que correspondió a un nombramiento hecho en forma irregular*”.

8. Mediante la Resolución No. 441 del 19 de noviembre de 2001, se declaró la insubstancial a partir del 1º de enero de 2002 a la señora Beatriz Omaira Marín Vásquez, en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06 de la Registraduría Municipal de Puerto Berrio (fol.32).¹¹

9. Con Oficio sin número del 17 de diciembre de 2001, los Delegados Departamentales, dando respuesta a solicitud de la actora de ser tenida en cuenta para llenar la vacante de Auxiliar Administrativo 5120-06 del Municipio de la Ceja, le expresan que “*su vinculación con la Entidad es de carácter provisional*”, porque su nombramiento, tal y como se le había informado desde el 31 de julio de 2000, se hizo en forma irregular.

10. Mediante Resolución 001 del 2 de enero de 2002 suscrita por los delegados del Registrador en Antioquia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 1012 de 2000¹², se hizo una distribución de empleos en la planta global de la Delegación, desapareciendo el empleo de Auxiliar Administrativo 5120-06 en la Registraduría Municipal de Puerto Berrio, quedando como Auxiliar Administrativo 5120-04 (fols.118-124).

11. Por Oficio 5069 del 2 de enero de 2002, dirigido a la demandante, los Delegados del Registrador Nacional en Antioquia, le comunican que mediante Resolución No. 103 de la misma fecha, había sido nombrada en provisionalidad, para ocupar el cargo de Auxiliar Administrativa 5120-04 de la Registraduría Municipal de Puerto Berrio, a partir del 2 de enero de 2002 (fol.131).

12. Mediante escrito del 2 de enero de 2002, dirigido a los Delegados, la señora Marín Vásquez en forma expresa manifestó que no aceptaba, porque el fallo de

¹¹ Conforme constancia que obra a fol.146, la demandante laboró como Auxiliar Administrativo 5120-06 en la Registraduría Municipal de Puerto Berrio, del 5 de mayo de 1999 al 31 de diciembre de 2001.

¹² “*Por el cual se establece la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones*”.

tutela del Juzgado Penal Municipal de Puerto Berrio había ordenado su inscripción en carrera administrativa, bien en la misma localidad o en el Municipio de la Ceja, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la decisión (fol.132).

ANÁLISIS DE LA SALA Y RESOLUCIÓN DEL CASO

I. El retiro discrecional de los empleados que ejercen en provisionalidad un empleo de carrera y la jurisprudencia del consejo de estado. Reiteración.

Los empleados designados de manera provisional podían ser retirados discrecionalmente, según lo previsto en el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, y el artículo 7º del Decreto Reglamentario 1572 de 1998.

El artículo 107 del D-R 1950 de 1973¹³, establecía: “*En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados...*”.

Esta disposición fue declarada ajustada a derecho por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 12 de febrero de 2004¹⁴. El actor solicitó la nulidad de la expresión “**o provisional**” por considerar que excedía la potestad reglamentaria al desconocer lo reglado en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 y disponer la discrecionalidad para el retiro del servicio de los empleados provisionales, cuando ella “*está reservada únicamente para los empleos de libre nombramiento y remoción*”.

En esta decisión se expuso, como argumentos principales para mantener la legalidad de la disposición acusada, los siguientes: **i)** la norma no se refiere al cargo sino a la situación del empleado que no pertenezca a una carrera; **ii)** el nombramiento provisional se produce cuando se trata de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera, sin que otorgue fijo alguno de estabilidad, pues “*el empleado no ha accedido a la carrera por los medios legales*”; **iii)** los derechos de carrera administrativa se derivan del sometimiento a la superación satisfactoria de las etapas del concurso.

¹³ Decreto reglamentario de los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968.

¹⁴ Radicado interno 3016-01, CP Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Actor. Jairo Villegas Arbeláez.

Bajo la línea del precedente judicial, la jurisprudencia de la Corporación al estudiar la situación de los provisionales frente a los derechos de estabilidad laboral que reclaman por ocupar un cargo de carrera administrativa, respecto del cual no se ha surtido el proceso de selección, ha acogido la tesis expresada en sentencia de la Sección Segunda del 13 de marzo de 2003¹⁵, en la que con el fin de unificar la posición de las Subsecciones, se dijo:

“(…)

Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

(…)

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.

(…)

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe.

(…)

Y, dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables.

(…).

No es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de INDEBIDA MOTIVACIÓN, ni que esté incurso en la causal de VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO porque, como ya se dijo, la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos es para el personal de carrera.”.

Es más, con relación al artículo 7º del Decreto Reglamentario 1572 de 1998¹⁶, en

¹⁵ Radicado interno 4972-01, CP Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Actor: María Nelssy Reyes Salcedo.

¹⁶ “El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplir el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.”

varias ocasiones ha dicho la Corporación: “*en punto a la provisionalidad, reitera la Sala, que ésta no genera fuero de estabilidad alguno, de tal manera que le es dable al nominador dar por terminada la relación laboral, incluso antes del vencimiento del período de la misma*”¹⁷.

En este orden de ideas, a juicio de la Sala, mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria, y admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, dada la naturaleza del empleo, desatiende el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera no se condiciona a la realización del concurso de méritos, sino que opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema previa superación de las etapas que comprende el proceso selectivo, en consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales, a la luz de la Ley 443 de 1998, podía disponerse mediante acto de insubsistencia que, formalmente, por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador, no requería ser motivado, esto es, no debía expresar las causas del retiro.

La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la Ley 443 de 1998.

La tesis así planteada difiere de la expuesta por la Corte Constitucional, según la cual es necesaria la motivación del acto para poder desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad, sin embargo, en la sentencia SU-691 de 2011¹⁸, la Corte anota que “*no resulta extraño que dos jurisdicciones, la constitucional y la administrativa, hayan elaborado, a lo largo de los años, unas líneas jurisprudenciales distintas sobre un mismo tema. Tal fenómeno suele explicarse por la razón histórica que determinó el surgimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la defensa del principio de legalidad*”, y que bajo esta perspectiva, “*no existe responsabilidad alguna de los jueces administrativos por la elaboración de una jurisprudencia constante sobre un determinado punto de derecho*”.

¹⁷ Sentencia de 11 de junio 2009. Sección Segunda, Subsección B, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicado interno 0012-2008.

En la misma línea se pueden consultar de la Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2006, radicado interno 3523-2004; CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante, y sentencia del 8 de noviembre de 2007, radicado interno 4226-2004, CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez;

¹⁸ MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Insubsistencia de provisionales ocurridas en vigencia de la Ley 909 de 2004¹⁹, si requieren motivación.

A partir de la sentencia del 23 de septiembre de 2010²⁰, el Consejo de Estado ha considerado que la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, cuya desvinculación ocurra luego de entrada en **vigencia de la Ley 909 de 2004**, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de esta ley (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado²¹, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

II. Del régimen de carrera de los empleados de la Registraduría Nacional el Estado Civil, vigente para el momento del nombramiento y la no inscripción en carrera de la accionante.

Por mandato del artículo 125 de la Constitución Política de 1991, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y aquellos que determine la ley.

El artículo 125, inciso 3, de la Constitución dispone: “*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos*

¹⁹ “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”.

²⁰ Sección Segunda, radicado interno 0883-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: María Stella Albornoz Miranda.

En similar sentido se pueden estudiar: sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0319-2008, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; así como sentencia de la Subsección B de la misma Sección, del 17 de febrero de 2011, radicado interno 0387-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²¹ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.”.

Antes de entrar en vigencia el canon superior referido, en la entidad accionada regía, para el momento que la actora se presentó a concurso y fue nombrada, el Decreto 3492 de 21 de noviembre de 1986²², que en su artículo 1º consagraba los objetivos de la carrera administrativa de Registraduría Nacional del Estado Civil, y en su artículo 2º disponía:

“Para alcanzar estos objetivos, el ingreso a los empleos de Carrera de la Planta de Personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil y los ascensos se harán exclusivamente con base en el mérito, mediante concursos y la permanencia en ellos se determinará por Calificación de Servicios. (...).”.

De acuerdo con lo anterior el ingreso al sistema de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil, antes y después de la Carta Política de 1991, debía efectuarse con base en el mérito, mediante concurso.

Conforme el artículo 25 del citado decreto, la provisión de empleos de carrera en la RNEC se hacía: i) “*Por nombramiento en periodo de prueba, previo concurso*”; ii) por nombramiento con carácter de ascenso, y iii) por nombramiento con carácter provisional, para proveer empleos de carrera con personal no seleccionado por el sistema de concurso.

Entre tanto, en su artículo 33, este decreto decía que “*la convocatoria constituye el Reglamento para cada concurso*”, y el inciso primero del artículo 37 consagraba que: “*Deberá hacerse nueva convocatoria para el mismo empleo, cuando al término de la inscripción no se inscribieron aspirantes o cuando solo uno o ninguno de los inscritos hubiere acreditado las calidades y requisitos para el desempeño del empleo a proveer, o cuando aplicados los medios de selección, ningún aspirante obtenga el mínimo aprobatorio*”.(Resaltado ajeno a la norma citada).

Por su parte, los artículos 56 y 63 ídem señalaban que “*la lista de elegibles será conformada con los candidatos que aprobaran el concurso, en estricto orden de mérito*”, y que “*la provisión de un empleo de carrera se hará en periodo de prueba, si la persona escogida ha sido seleccionada por concurso abierto para el ingreso a*

²² “*Por el cual se expiden normas sobre la Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones.*”. Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Ejecutivo por el artículo 62 de la Ley 96 de 1985.

la carrera".

Igualmente se contemplaba que el nombramiento en periodo de prueba era por 4 meses, prorrogables por una sola vez hasta por 2 meses más, término durante el cual era calificado el funcionario en dos oportunidades, y de resultar satisfactoria debía ser confirmado y obtener su inscripción en la carrera (art.65 y s.s.).

Por lo demás, conforme a los artículos 73 y 74 *ibídem*, "el acto de inscripción en la carrera, le otorga al funcionario la plenitud de sus derechos inherentes a ella...", y procedía tal inscripción cuando se hubieren obtenido las calificaciones satisfactorias durante el periodo de prueba, "y no existiera objeción por parte de los Órganos de Administración de Personal²³, o cuando así ordene el Consejo Superior de Carrera".

La Ley 443 de 1998²⁴, relacionó en su artículo 4º la existencia de regímenes especiales de carrera para varias entidades oficiales, entre ellas la de Registraduría Nacional del Estado Civil, señalando que las normas legales que contienen estos sistemas particulares continuarán vigentes, pero en su parágrafo 1º este artículo señaló: "La administración y la vigilancia de estos sistemas corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual resolverá, en última instancia, sobre los asuntos reclamaciones que por violación a las normas de carrera deban conocer los organismos previstos en dichos sistemas específicos".

El artículo 26 de la Ley 443 de 1998 creó el Registro Público de la Carrera Administrativa, conformado por todos los empleados inscritos o que se llegaren a inscribir, cuya administración y organización corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), sin embargo, con ocasión de la sentencia C-372 de 1999 se declararon inexequibles varios artículos de esta ley, atinentes a la CNSC, razón por la cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 8 de marzo de 2001, radicado 1.331, concluyó que "mientras no se expida la ley mediante la cual se desarrolle el artículo 130 de la Carta Política, de acuerdo a los criterios fijados por la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 1999, la Registraduría Nacional del Estado Civil no tiene competencia para

²³ En el artículo 8º del Decreto 3492 de 1986, aparecen como órganos de administración de personal de la RNEC: 1. Las Comisiones de Personal (Central y Seccionales. 2. La Dirección Nacional de Recursos Humanos. 3. El Consejo Superior de la Carrera. 4. El Consejo Nacional Electoral.

²⁴ "Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones".

adelantar procesos de selección a fin de proveer empleos de carrera, pueden realizarse mediante encargo o nombramiento provisional en empleos de carrera que se encuentren en vacancia". De ahí que la Registraduría no pudo convocar a concursos, hasta tanto no se expediera la mencionada ley sobre la Comisión.

El marco normativo de carrera en la RNEC dispuesto en el Decreto 3492 de 1986, fue reemplazado por el Decreto Ley 1014 del 6 de junio de 2000, por el cual "se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan normas que regulen La Gerencia Pública"²⁵, que en forma expresa lo derogó.

Dentro del marco del D-L 1014 de 2000, no figura como órgano de administración el Consejo Superior de la Carrera, ni el Consejo Nacional Electoral, empero, se mantuvieron la Comisión de Personal Central y de las Seccionales, en tanto que conforme el artículo 4º del Decreto 1041, "*La administración y vigilancia de la carrera administrativa estará a cargo de las autoridades establecidas en la Constitución Política y la ley*", es decir, la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Registraduría realizaría todas las funciones que demande el ordenamiento institucional previsto, para coordinarse y articularse con tales autoridades, para garantizar el funcionamiento y organización de la carrera administrativa.

III. Resolución del caso concreto

La parte activa, sostiene que el acto administrativo censurado, mediante el cual se le declaró insubsistente, está viciado por falsa o falta de motivación, desviación de poder y expedición irregular.

Al presentar el fallo apelado se precisó que el *a quo*, sin concretar cuál de las causales halló probada, dejó percibir que fue la falta de motivación del acto de insubsistencia.

Lo primero que debe anotarse es que el Tribunal partió de la siguiente premisa: la accionante se encontraba en provisionalidad. Presupuesto que no controvirtió la parte actora, en tanto que no cuestionó vía apelación esa inferencia.

²⁵ El Decreto Ley 1014 de 2000, fue expedido en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000.

En el citado numeral, se dispuso que el ejecutivo quedaba facultado para "*Modificar la estructura de la Registraduría Nacional del Estado Civil y su régimen de funciones y competencias internas...y, modificar y dictar las normas sobre el régimen de carrera administrativa específico, el de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores de la organización electoral, previsto en el Decreto 3492 de noviembre 21 de 1986*".

La Sala comparte la deducción de la que partió el *a quo*, en el sentido que la demandante se encontraba en provisionalidad, por las siguientes razones:

Mediante Resolución 613 del 25 de noviembre de 1998 se convocó a concurso abierto para proveer el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06 en varios Municipios de Antioquia, entre ellos, los municipios de La Ceja y Puerto Berrio; la señora Marín Velásquez concursó para la Ceja, mas no ganó el examen, y los que concursaron para el Municipio de Puerto Berrio, ninguno aprobó.

Al plenario no se allegó la Resolución 613 de 1998, que contenía la convocatoria que se erigía como el reglamento del concurso, para haber determinado si era legítimo que la accionante, así no hubiere aprobado el examen para el Municipio para el cual se inscribió, podía ser designada en otro de los entes territoriales donde se iba a proveer el aludido empleo, ni tampoco obra dentro del proceso el puntaje que obtuvo la señora Marín Vásquez.

La Seccional de personal Antioquia elaboró una lista de elegibles unificada, que no es reflejo de los resultados del concurso, en la que es incluida la demandante y, con base en ella, es nombrada en periodo de prueba el 3 de mayo de 1999 como Auxiliar Administrativo 5120-06 en Puerto Berrio Antioquia, calificada en dos ocasiones de manera satisfactoria dentro de ese periodo y confirmado su nombramiento, motivo por el cual en octubre de ese año los Delegados del Registrador del Estado Civil remitieron la solicitud, junto con el formulario, para que fuera inscrita la señora Marín Vásquez en carrera administrativa.

El Registrador del Estado Civil, a través de la Resolución No. 4628 del 29 de diciembre de 1999, ordenó la inscripción en carrera administrativa de varios funcionarios que habían participado en el concurso para proveer el cargo de Auxiliares Administrativos 5120-06 en varias localidades de Antioquia, y allí no apareció la señora Marín Vásquez.

La señora Marín no fue inscrita, en tanto que la Comisión de Personal Central en sesión del 15 de mayo de 2000, vertida en el Acta 003, en respuesta a consulta del Director Nacional de Recursos Humanos, por unanimidad conceptuó que para cubrir la vacante de Auxiliar Administrativo 5120-06 de Puerto Berrio, no se podía utilizar la lista de elegibles unificada que había elaborado la Comisión de Personal Seccional de Antioquia, porque ésta no está contemplada en el Decreto 3492 de 1986, además, esa lista sólo operaba para las vacantes que se presentaren con posterioridad y, en el caso concreto, ya se había surtido el concurso y no hubo

ganadores, porque ninguno alcanzó el mínimo aprobatorio, por lo tanto lo que debía hacerse era una nueva convocatoria en los términos del artículo 37 del citado decreto.

La irregularidad fue puesta en conocimiento del Director Nacional de Recursos Humanos de la entidad, quien así lo informó a los Delegados del Registrador y, éstos, a su vez, mediante Oficio 2271 del 31 de julio de 2000, se lo comunicaron a la actora.

De acuerdo con el artículo 73 del Decreto 3492 de 1986, lo que le otorgaba al funcionario la plenitud de sus derechos inherentes a la carrera, era la inscripción en la misma, y para esta Sala es claro que al no haber sido inscrita la señora Marín, se le tenía como una empleada pública desempeñando en provisionalidad un cargo de carrera.

Tan es así que el Tribunal, luego de afirmar que la actora se hallaba en provisionalidad, anotó que no tenía derechos adquiridos de carrera administrativa, sin embargo, sin exponer las razones para alejarse de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la materia, estimó que la administración no estaba facultada para decidir el retiro del servicio de la demandante en forma discrecional, que el acto de insubstancia debió ser motivado, y como ello no se hizo, era causal para declarar la nulidad.

Contrario a la apreciación del *a quo*, atendiendo la doctrina sentada por esta Corporación de tiempo atrás y que el acto de insubstancia de la accionante es muy anterior a la vigencia de la Ley 909 de 2004, para esta Sala no tiene discusión que la Resolución 441 del 19 de noviembre de 2001 no requería ser motivada, se presume fue expedida por razones del buen servicio, lo contrario le correspondía demostrarlo a la accionante, bajo el entendido que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art.177 C.P.C).

No hay duda que le asiste razón a la entidad apelante, en el sentido que en la sentencia recurrida el *a quo* no tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial de la Corporación sobre el tema, por ende, es del caso revocar la sentencia recurrida y denegar las pretensiones por este aspecto.

Para la Sala es claro, como bien lo apreció el Tribunal, que la parte accionante no tenía derechos adquiridos derivados de carrera administrativa, no sólo porque no

fue inscrita en la misma, sino porque nadie puede alegar tener un derecho adquirido sin un justo título, y lo cierto es que la demandante no podía reclamar tal derecho, en razón a que no aprobó el examen para la plaza para la cual concursó y que no le era dado a la Comisión Seccional de Personal de Antioquia elaborar una lista unificada de legibles, a sabiendas de que no hubo ganadores entre los que se presentaron para el cargo Auxiliar Administrativo 5120-06 de la Registraduría del Municipio de Puerto Berrio, sumado a que dicha lista, en la que incluyó a la accionante y dio como resultado su nombramiento en este municipio, no la autoriza el Decreto 3492 de 1986.

De suerte que la designación de la señora Marín Vásquez como Auxiliar Administrativo 5120-06 en Puerto Berrio, no fue resultado de haber aprobado todos los pasos del concurso, lo que, en sí mismo, deslegitimaba cualquier posible derecho a ser inscrita en la carrera administrativa de la entidad.

El derecho a optar entre ser indemnizado o esperar a ser reubicado, es privativo de los empleados inscritos en carrera administrativa cuyo cargo es suprimido, condición que no concurre en la accionada, en consecuencia dicha prerrogativa no la podía beneficiar.

Finalmente, es pertinente resaltar que a partir del 2 de enero de 2002, en los diversos municipios de Antioquia, desapareció el empleo Auxiliar Administrativo 5120-06, quedando como Auxiliar Administrativo 5120-04, y para dar cumplimiento a un fallo de tutela, la entidad demandada nombró a la actora en provisionalidad a partir del 2 de enero de 2001, para ocupar el cargo de Auxiliar Administrativa 5120-04 de la Registraduría Municipal de Puerto Berrio (fol.131), sin embargo, en forma expresa, la demandante rechazó -en la misma fecha- tal nombramiento (fol.132).

Conclusión. Corolario de resultar establecido que la Resolución 441 del 19 de noviembre de 2001, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora como Auxiliar Administrativo 5120-06 de Puerto Berrio Antioquia, no requería de motivación, significa que la presunción de legalidad que la ampara permanece incólume, por lo tanto la sentencia del Tribunal será revocada y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

Decisión

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

Primero.- REVOCAR la sentencia del 20 de febrero de 2013, proferida dentro del proceso de la referencia por la Sala de Descongestión, Subsección Laboral, del Tribunal Administrativo de Antioquia, conforme lo expuesto en la parte motiva. En su lugar:

Segundo.- NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones señaladas en la parte considerativa del presente fallo.

Tercero.- Reconocer personería para actuar en representación judicial de la Registraduría Nacional del Estado Civil a la Dra. Julia Inés Ardila Saiz, identificada con C.C. No. 51.563.653 y T.P No. 39675 del C.S.J., como apoderada principal, y a la Dra. Marisol del Pilar Urdinola Contreras, identificada con C.C. No.52.055.372 y T.P No. 87362 del C.S.J., como apoderada suplente, conforme poder que obra a folio 221.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E) LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO